

## ***Ofertas de consentimiento estatal y arbitraje de inversiones***

Enrique FERNÁNDEZ MASIÁ

Profesor Titular de Derecho internacional privado  
Universidad de Castilla-La Mancha

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Consentimiento estatal en las legislaciones nacionales sobre inversiones extranjeras. 3. Consentimiento estatal en los tratados internacionales. 4. Valoración final.

### **I. Introducción**

1. El mundo de las inversiones internacionales está en plena ebullición<sup>1</sup>. Las disputas se multiplican y, en una gran mayoría de las ocasiones, las partes implicadas no suelen llegar a un acuerdo amistoso para resolver sus diferencias<sup>2</sup>. Por el contrario, en la actualidad, el arbitraje internacional se ha erigido en la solución preferida por los inversores cuando tienen que buscar una solución a su diferencia con el Estado receptor de su inversión<sup>3</sup>.

2. Como en cualquier tipo de arbitraje y, el arbitraje en inversiones no es una excepción, la competencia de un tribunal arbitral se fundamenta en la manifestación de voluntad de las partes en someterse al

---

<sup>1</sup> E. Fernández Masiá, “El incierto futuro del arbitraje de inversiones en Latinoamérica”, *Arbitraje: Revista de arbitraje comercial y de inversiones*, vol. II, n° 3, 2009, pp. 741–760; J.C. Fernández Rozas, “América Latina y el arbitraje de inversiones: ¿matrimonio de amor o matrimonio de conveniencia?”, *RCEA*, 2009, pp. 1–26; UNCTAD, “Latest Developments in Investor–State Dispute Settlement”, 2009.

<sup>2</sup> *Vid.* S.D. Franck, “Challenges Facing Investment Disputes: Reconsidering Dispute Resolution in International Investment Agreements”, *Appeals Mechanisms in International Investment Disputes* (K. Sauvart, ed.), Oxford, Oxford University Press, 2008, pp. 143–192.

<sup>3</sup> Ello no significa, sin embargo, que el sistema arbitral en inversiones, tal y como está actualmente diseñado, esté exento de críticas. *Vid.* sobre estas críticas y las posibles reformas, A. Reinisch, “The Future of Investment Arbitration”, *International Investment Law for the 21st Century. Essays in Honour of C.Schreuer* (C. Binder, U. Kriebaum, A. Reinisch y S. Wittich, eds.), Oxford, Oxford University Press, 2009, pp. 894–916.

mismo. Un consentimiento que ha de ser otorgado por ambas<sup>4</sup>. Precisamente, es en relación con la prestación de este consentimiento por parte del Estado receptor de la inversión y sus especiales modalidades, lo que va ser objeto de nuestro estudio.

En efecto, en este trabajo se parte de una premisa fundamental: el arbitraje en inversiones extranjeras en la actualidad no se fundamenta en las cláusulas arbitrales que, de forma tradicional, se han venido incorporando en los contratos de inversión que vinculan a los inversores con los Estados receptores de la inversión<sup>5</sup>. Es en dichos acuerdos como de forma simultánea las partes otorgan su consentimiento al desarrollo de un arbitraje internacional que resuelva sus posibles diferencias. Un acuerdo que puede adoptar la forma de una cláusula compromisoria si las partes lo adoptan en el contrato de inversión con el objetivo de prever el método de solución de sus posibles controversias futuras o, de un compromiso si tal manifestación de voluntad no se realiza hasta que la diferencia respecto a la operación de inversión se produce<sup>6</sup>.

Por el contrario, en los últimos años, en la inmensa mayoría de los casos que han sido iniciados por parte de los inversores, el criterio competencial de un tribunal arbitral se basa en una manifestación de voluntad “avanzada” por parte del Estado receptor, ya sea en su legislación interna o en un Tratado sobre inversiones que vincula a dicho Estado con el Estado del que es nacional el inversor, que es aceptada posteriormente por parte del inversor privado<sup>7</sup>. Los datos suministra-

---

<sup>4</sup> Vid. recientemente sobre el convenio arbitral como fundamento y límite del arbitraje, R. Verdura, *El convenio arbitral*, Madrid, Civitas, 2009.

<sup>5</sup> Tal y como señalan C. Dugan, D. Wallace, N. Rubins y B. Sabahi, *Investor–State Arbitration*, Oxford, Oxford University Press, 2008, p. 225: “*This form of submission to arbitration still occurs, but was of greater currency when it was the only means to obtain direct access to binding dispute resolution against the host state, notably before the advent of modern investment protection treaties*”.

<sup>6</sup> C. Schreuer, “Consent to Arbitration”, *The Oxford Handbook of International Investment Law* (P. Muchlinski y C. Schreuer eds.), Oxford, Oxford University Press, 2008, p. 832: “*An agreement between the parties recording consent to arbitration may be achieved through a compromissory clause in an investment agreement between the host State and the investor submitting future disputes arising from the investment operation to arbitration. It is equally possible to submit a dispute that has already arisen between the parties through consent expressed in a compromis. Therefore, consent may be given with respect to existing or future disputes*”.

<sup>7</sup> Estas dos últimos tipos de otorgamiento del consentimiento en donde no ha existido un previo acuerdo específico entre las partes es un “nuevo territorio para el arbitraje internacional” en palabras de J. Paulsson, quien ha bautizado este fenómeno como “*Arbitration without Privity*”, *ICSID Review–FILJ*, vol. 10, n° 2, 1995, pp. 232 ss. Igualmente, J.C. Fernández Rozas, “*Arbitraje internacional y sus dualidades*”, *Anuario Argentino de Dere-*

dos por el Centro de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones – en adelante CIADI– en sus últimos informes anuales son claros al respecto. Así, por ejemplo, en el Informe anual del año 2009 se refleja que se iniciaron veinticuatro nuevos casos ante el Centro y todos han sido presentados conforme a cláusulas de arbitraje CIADI incluidas en estos Tratados de promoción y protección de inversiones, ya sean bilaterales o multilaterales. Además, en cuatro de ellos, se invocaron de forma conjunta cláusulas de solución de controversias previstas en las legislaciones internas. El CIADI es una institución arbitral que fue establecida por el Convenio de Washington, de 18 de marzo de 1965, sobre arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados<sup>8</sup>. El arbitraje CIADI es el más utilizado en el ámbito de las inversiones internacionales debido a sus características específicas en relación con el resto de arbitrajes internacionales, en especial, por sus caracteres de autonomía e independencia respecto de los tribunales nacionales y su régimen de reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales<sup>9</sup>. Otras instituciones arbitrales son: la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional de París, la Corte de Arbitraje Internacional de Londres y el Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo. En todas ellas se han resuel-

---

*cho Internacional*, vol. XV, 2006, p. 17: "...frente al arbitraje comercial, que tiene un fundamento consensual plasmado en el compromiso arbitral, el arbitraje de inversiones reposa en un tratado internacional suscrito entre el Estado receptor de la inversión y el Estado de la nacionalidad del inversionista; las circunstancias aludidas dan otro calificativo a la institución que estamos estudiando: "arbitraje sin vínculo contractual". Vid. sobre esta cuestión, recientemente, G. Blanke y B. Sabahi, "The New World of Unilateral Offers to Arbitrate: Investment Arbitration and EC Merger Control", *Arbitration*, vol. 4, n° 3, pp. 211–224; I. Iruretagoiena Agirrezabalaga, "Alejamiento del paradigma contractual del arbitraje de inversión", *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, t. VIII, 2008, pp. 595–614.

<sup>8</sup> BOE, 13-IX-94.

<sup>9</sup> A.F. Lowenfeld, *International Economic Law*, 2 ed., Oxford, Oxford University Press, 2002, p. 484. Vid. sobre este procedimiento arbitral, A. Broches, "Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States, Explanatory Notes and Survey of its Application", *Yearbook Comm. Arb'n*, vol. 18, 1993, pp. 627 ss; E. Fernández Masiá, *Arbitraje en inversiones extranjeras: el procedimiento arbitral en el CIADI*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004; M. Hirsch, *The Arbitration Mechanism of the International Center for the Settlement of Investment Disputes*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1993; S. Manciaux, *Investissements étrangers et arbitrage entre États et ressortissants d'autres États. Trente années d'activité du CIRDI*, Dijon, Litec, 2004; C. Schreuer, L. Malintoppi, A. Reinisch y A. Sinclair, *The ICSID Convention: A Commentary*, 2ª ed., Cambridge, Cambridge University Press, 2009; J.A. Vives Chillida, *El Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI)*, Madrid, McGrawHill, 1998; L. Reed, J. Paulsson y N. Blackaby, *Guide To ICSID Arbitration*, La Haya, Kluwer, 2004; S. Rodríguez Jiménez, *El sistema arbitral del CIADI*, México, Porrúa, 2006.

to también, aunque en mucha menor medida, controversias en materia de inversiones extranjeras, actuando bien de acuerdo a sus propios reglamentos de arbitraje, o utilizándose las reglas de la Uncitral. Es momento de examinar en que consiste esta “oferta” de consentimiento estatal, diferenciando en razón del instrumento jurídico en donde aquella se haya realizado.

## II. Consentimiento en las legislaciones nacionales sobre inversiones extranjeras

3. La posibilidad de que los Estados en sus legislaciones internas puedan ofertar su consentimiento a someter sus diferencias en materia de inversiones con los inversores privados extranjeros es hoy una práctica plenamente aceptada<sup>10</sup>. Tal “oferta” de consentimiento, sin embargo, por sí sola no produce ningún efecto vinculante para el Estado receptor de la inversión hasta que la misma se acepte por parte del inversor, ya que el consentimiento, ha de ser mutuo<sup>11</sup>.

4. Ya en los trabajos preparatorios del Convenio de Washington por el que se creó el CIADI, al discutir sobre esta forma “avanzada” de otorgar el consentimiento por parte estatal, no se planteó ninguna duda de que tal posibilidad quedaría cubierta por el art. 25.1º del este texto convencional<sup>12</sup>, posición que fue refrendada por el Informe de los Directores Ejecutivos que señala al respecto que

---

<sup>10</sup> Hemos de señalar, sin embargo, que en la actualidad, esta manera de otorgar el consentimiento estatal ha perdido importancia práctica a medida que se han ido incrementando en número los Tratados internacionales sobre inversiones pero que, con anterioridad y, sobre todo en los años 80 y 90 del siglo pasado, muchos países en desarrollo adoptaron legislaciones sobre inversiones extranjeras que incorporaban cláusulas de solución de controversias incluyendo su consentimiento al arbitraje internacional, como una manera de atraer flujos de inversión directa extranjera. Aún así, algunos casos siguen fundamentando la competencia de los tribunales arbitrales en estas manifestaciones de voluntad estatales “avanzadas”, *Vid. infra*, nº 8 ss.

<sup>11</sup> En este sentido, C. Schreuer, “Consent to Arbitration”, *loc. cit.*, p. 831, señala que: “Another technique to give consent to arbitration is a provision in the national legislation of the host State, most often its investment code. Such a provision offers arbitration to foreign investors in general terms. Many capital importing countries have adopted such provisions. Since consent to arbitration is always based on an agreement between the parties, the mere existence of such a provision in national legislation will not suffice. The investor may accept the offer in writing at any time while the legislation is in effect. In fact, the acceptance may be made simply by instituting proceedings”.

<sup>12</sup> *Vid. Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States: Documents Concerning the Origin and Formulation of the Convention*, vol. II, Washington, ICSID, 1968, p. 406.

“La Convención no requiere que el consentimiento de ambas partes sea expresado en un mismo instrumento. De este modo, un Estado receptor podría en su legislación sobre promoción de inversiones ofrecer someter las diferencias que surjan de cierto tipo de inversiones a la jurisdicción del Centro, y el inversor podría otorgar su consentimiento al aceptar la oferta por escrito”<sup>13</sup>.

5. Sin embargo y, como ya hemos señalado, a pesar de que tal posibilidad de consentimiento “avanzado” por parte estatal sea hoy una práctica habitual en las legislaciones internas sobre promoción de inversiones<sup>14</sup>, un análisis detallado de tales manifestaciones de voluntad nos muestra que no en todos los casos estas referencias al arbitraje internacional constituyen una verdadera “oferta” que en caso de ser aceptada por el inversor se constituye en un consentimiento vinculante para ambas partes de acudir al procedimiento arbitral<sup>15</sup>. Así, es posible diferenciar dos grandes grupos de “ofertas” de consentimiento contempladas en las legislaciones internas de los Estados receptores de las inversiones:

i) Aquellas expresiones de voluntad de las que puede derivarse un consentimiento “avanzado” del Estado receptor pudiendo ser aceptado por parte del inversor extranjero. Dentro de este grupo hay que incluir tanto aquellas legislaciones nacionales que inequívocamente contemplan un sometimiento a los procedimientos arbitrales, ya sea con exclusividad al CIADI o conjuntamente con otros métodos de solución de controversias<sup>16</sup>, y aquellas otras de las que, aún no existiendo tal claridad en la manifestación de voluntad, puede interpretarse que los términos utilizados constituyen un expreso otorgamiento del consentimiento estatal<sup>17</sup>.

---

<sup>13</sup> Informe de los Directores Ejecutivos acerca del Convenio sobre Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados, *ILM*, n° 3, 1965, pp. 524–531, párrafo 24.

<sup>14</sup> Vid. A.R. Parra, “Principles Governing Foreign Investments as Reflected in National Investment Codes”, *ICSID Review–FILJ*, vol.7, 1992, pp. 446 ss.

<sup>15</sup> Vid. G. Delaume, “Le Centre International pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI)”, *Journ. dr. int.*, 1982, pp. 781 ss; A.R. Parra, “Provisions on the Settlement of Investment Disputes in Modern Investment Laws, Bilateral Investment Treaties and Multilateral Instruments on Investment”, *ICSID Review–FILJ*, vol. 12, n° 2, 1997, pp. 314 ss; P.T. Muchlinski, *Multinational Enterprises and the Law*, 2ª ed., Oxford, Oxford University Press, 2007, p. 720; C. Schreuer, L. Malintoppi, A. Reinisch y A. Sinclair, *The ICSID Convention...*, *op. cit.*, pp. 196 ss.

<sup>16</sup> En este grupo se incluirían, *v.gr.*, los arts. 28.2º Código de inversiones de Guinea de 1987 o el art. 8.2º Ley sobre inversiones extranjeras de Albania de 1993, cit. por C. Schreuer, L. Malintoppi, A. Reinisch, y A. Sinclair; *The ICSID Convention...*, *op. cit.*, p. 197.

<sup>17</sup> En este caso se utilizan expresiones como que “cualquiera de las partes en la diferencia puede llevar la diferencia” a una de las instituciones arbitrales contempladas, entre

ii) El otro grupo está integrado por todas aquellas legislaciones nacionales donde la referencia a los procedimientos arbitrales de ninguna manera pueden considerarse como una “oferta” de consentimiento por parte estatal. En este caso han de incluirse las disposiciones que contemplan la necesidad de que para que pueda existir consentimiento es necesario un posterior acuerdo específico entre el Estado receptor y el inversor extranjero<sup>18</sup> o aquellas otras en las que se prevé que únicamente será mediante la autorización de la inversión por parte del Estado receptor cuando se produzca el consentimiento del mismo<sup>19</sup>.

6. De acuerdo con todo lo anterior, podemos afirmar que únicamente cuando estemos en presencia de una expresión de voluntad del primer grupo descrito, la manifestación del inversor extranjero aceptándola, perfeccionará el consentimiento para someter las diferencias a un procedimiento arbitral<sup>20</sup>. La aceptación del inversor, en principio, no está sometida a ninguna formalidad, aunque si es aplicable el art. 25.1º Convenio CIADI, éste dispone que sea hecha por escrito y que deberá realizarse con anterioridad a la iniciación del procedimiento de arbitraje ante el Centro, considerándose de forma general que la solicitud de iniciación del procedimiento constituye tal acepta-

---

ellas el CIADI, o que la “diferencia será resuelta” por uno de los métodos de solución de controversias consignado en dicha disposición. Un ejemplo de este tipo de disposición sería el art. 27.2º de la Ley sobre inversiones extranjeras de Kazajstán de 1995, que señala: “1) *Investment disputes shall be settled, whenever possible, by means of negotiations. 2) If such dispute can not be settled by means of negotiations... the dispute at the choice of any of the parties thereof may be transferred for settlement when there exists the written consent of the foreign investor...*”. Con base en dicha disposición el tribunal arbitral fundamentó su competencia en el asunto *CCL / Kazajstán*, Caso SCC nº 122/2001.

<sup>18</sup> En este grupo ha de incluirse la legislación sobre inversiones de Mozambique y Madagascar. Vid. A.R. Parra, “Provisions on the Settlement...”, *loc. cit.*, pp. 314–315. De igual forma el art. 67 Código de inversiones tunecino de 1993 prevé la necesidad de un acuerdo específico que debe ser concluido entre el inversor extranjero y Túnez. Vid. F. Horchani, “Le Code tunisien d’incitations aux investissements”, *Journ. dr. int.*, 1998, pp. 85 ss.

<sup>19</sup> Como ejemplo de tal disposición puede citarse el art. 30 Código sobre inversiones de Uganda de 1991. Vid. A.R. Parra, “Provisions on the Settlement...”, *loc. cit.*, p. 316.

<sup>20</sup> A. Broches, “The Convention on the Settlement of Investment Disputes. Some Observations on Jurisdiction”, en *Selected Essays. World Bank, ICSID, and Other Subjects of Public and Private International Law*, Martinus Nijhoff, Dordrecht, 1995, pp. 169–170. Dos son las reglas que a juicio de W. Rand, R.N. Hornick y P. Friedland deberían seguirse siempre por un tribunal arbitral del CIADI cuando deba dilucidar su competencia en un caso concreto basándose en una “oferta” previa estatal: 1. La confianza razonable de una de las partes en la promesa realizada no debería ser frustrada y 2. La jurisdicción del Centro con base en las expectativas de las partes no debería ser observada como una afrenta a la soberanía del Estado receptor, “ICSID’s Emerging Jurisprudence: The Scope of ICSID’s Jurisdiction”, *N.Y.U.J. of Int’l Law and Politics*, vol. 19, nº 1, 1986, p. 61.

ción<sup>21</sup>. Sólo en aquellos casos en donde la legislación nacional donde se oferta el consentimiento estatal estableciera alguna forma específica o condición especial para el otorgamiento de tal aceptación por parte del inversor<sup>22</sup>, tal limitación habrá de cumplirse adecuadamente para que pueda afirmarse la existencia de un consentimiento vinculante para ambas partes.

7. En la práctica arbitral, el primer asunto en que un tribunal arbitral basó su competencia en un consentimiento “avanzado” en la legislación interna de un Estado, fue en el caso *SPP(ME) Ltd. y SPP Ltd. / Egipto*. El mismo puede ilustrar la dificultad de identificar la verdadera naturaleza de una “oferta” de consentimiento realizada por parte estatal de sometimiento al procedimiento arbitral del Centro<sup>23</sup>. Este caso se inició como consecuencia de una solicitud de arbitraje presentada por las sociedades SPP(ME) y SPP y, donde se fundamentó el otorgamiento del consentimiento estatal al mismo en el art. 8 de la Ley egipcia n.º.43 de 1974 relativa a la inversión de fondos árabes y extranjeros y la zona libre, que establece:

“Las diferencias sobre inversiones al respecto de la ejecución de las disposiciones de esta Ley serán resueltas de la manera en que sea acordado con el inversor, o dentro del marco de los tratados en vigor entre la República Árabe de Egipto y el Estado del que es nacional el inversor, o dentro del marco de la Convención sobre arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados a la que Egipto se adhirió en virtud de la Ley número 90 de 1971, cuando tal Convención se aplique”.

El gobierno egipcio impugnó la competencia del tribunal arbitral ya que consideraba que tal disposición de su legislación sobre inversio-

---

<sup>21</sup>A. Broches, “Convention on the Settlement of Investment Disputes...”, *loc. cit.*, p. 643. Otras formas diferentes de expresar el inversor su aceptación de someterse al procedimiento arbitral del Centro podrían ser a través de una notificación al gobierno del Estado receptor o de una solicitud de autorización de una inversión. Un ejemplo de esta aceptación por parte del inversor extranjero lo constituye la carta enviada por parte de las empresas SPP (ME) y SPP al Ministro de Turismo egipcio, con anterioridad a la iniciación del procedimiento ante el Centro, en donde se mostraba la voluntad de aceptar la “oferta” realizada por el gobierno egipcio en su legislación interna de someter las diferencias sobre inversiones al procedimiento arbitral CIADI.

<sup>22</sup> Como pudiera ser la necesaria mención de la aceptación de la “oferta” estatal en la solicitud de autorización de la inversión, o la prestación de tal manifestación de voluntad en un determinado plazo temporal.

<sup>23</sup> Decisión sobre competencia de 27 de noviembre de 1985, *ICSID Reports*, vol.3, 1995, pp. 112 ss. Ha de tenerse en cuenta también el asunto *Manufacturers Hanover Trust Co. c. Egipto y Autoridad General para la Inversión y las Zonas Libres*, en donde el tribunal arbitral se basó en la misma disposición de la legislación egipcia para fundamentar su competencia, *vid.* W.L. Graig, “The Final Chapter in the Pyramids Case: Discounting an ICSID Award for Annulment Risk”, *ICSID Review-FILJ*, vol. 8, 1993, pp. 270 ss.

nes no constituía una verdadera oferta de consentimiento argumentando, entre otras razones, que tal disposición no era self-executing y se necesitaba de un acuerdo específico posterior entre el Estado y el inversor extranjero para considerar que existía consentimiento de acuerdo con el art. 25.1º Convenio CIADI, ya que el sometimiento a los procedimientos del Centro no era más que una opción entre los tres posibles métodos de solución de controversias contemplados en este artículo. Para Egipto tal precepto, en consecuencia, era más bien un medio de información a los inversores privados sobre los posibles medios de solución de controversias que pueden negociarse y pactarse entre éstos y el gobierno egipcio<sup>24</sup>. Por su parte, los demandantes alegaron que tal disposición de la legislación egipcia era una inequívoca y obligatoria “oferta” de consentimiento y que, a pesar de la existencia de un orden jerárquico entre los diferentes medios de solución de controversias contemplados en este art., la imposibilidad de acudir a los dos medios previstos previamente al arbitraje del Centro, hacía que éste fuese el único viable<sup>25</sup>.

El tribunal arbitral, después de realizar detenidamente un examen gramatical del contenido del artículo y tomando en consideración otras normas egipcias sobre inversiones, llegó a la conclusión de que tal precepto establecía un secuencia obligatoria y jerárquica de procedimientos de solución de controversias y, ya que las partes no habían pactado ningún método específico ni existía ningún tratado bilateral aplicable, los términos del mismo conducían a que no existiesen dudas sobre la competencia del tribunal arbitral del Centro para resolver la diferencia surgida entre las partes<sup>26</sup>. Como consecuencia de este asunto y de la decisión del tribunal arbitral sobre su competencia, Egipto adoptó una nueva Ley sobre inversiones en 1989 en la que en su art. 55 claramente se establece la necesidad de que exista un acuerdo específico entre el Gobierno egipcio y el inversor extranjero de sometimiento al procedimiento arbitral CIADI para considerar que existe consentimiento<sup>27</sup>.

---

<sup>24</sup> Vid. Decisión sobre competencia, cit., pp. 121 ss; vid. también, Decisión sobre competencia de 14 de abril de 1988, *ICSID Reports*, vol.3, 1995, pp. 140 ss.

<sup>25</sup> Decisión sobre competencia de 27 de noviembre de 1985, cit., pp. 127 ss y Decisión sobre competencia de 14 de abril de 1988, cit., pp. 146 ss.

<sup>26</sup> Decisión sobre competencia de 14 de abril de 1988, cit., pp. 147–161.

<sup>27</sup> Esta disposición establece: “*Without prejudice to the right to Resort to Egyptian Courts, investment disputes related to the implementation of the provisions of this law may be settled in the manner to be agreed upon with the investor. The parties concerned may also agree to settle such disputes within the frameworks of the agreements in force within the Arab Republic of Egypt and the investor’s home country; or within the fra-*

8. Más recientemente, puede citarse la decisión de competencia en el asunto *Tradex Hellas c. Albania*, en donde el tribunal fundamentó su competencia en el consentimiento otorgado por parte de Albania en el art. 8.2° de la Ley de protección de inversiones extranjeras de 1993<sup>28</sup>. Dicha disposición establece que “*a foreign investor may submit the dispute for resolution and the Republic hereby consents to the submission thereof, to the International Center for Settlement of Investment Disputes*”. Como fácilmente puede deducirse no parecen existir dudas una vez efectuada su lectura de que estamos en presencia de una verdadera “oferta” incondicional de consentimiento por parte del Estado albanés. Así, lo señala el tribunal arbitral al declarar que

“... although consent by written agreement is the usual method of submission to ICSID Jurisdiction, it can now be considered as established and not requiring further reasoning that such consent can also be effected unilaterally by a Contracting State in its national laws, the consent becoming effective at the latest if and when the foreign investor files its claim with ICSID making use of the representative national law. Therefore (article 8.2 of the Albanian) 1993 Law together with Tradex’s Request for Arbitration must be considered as sufficient consent...”<sup>29</sup>.

9. En un sentido totalmente contrario a la anterior decisión, se ha manifestado el tribunal arbitral en el asunto *Bewater c. Tanzania*<sup>30</sup>. Ello no debe extrañarnos en tal caso una vez leída la cláusula contemplada en el art. 23.2° de la Ley de Tanzania sobre inversiones extranjeras de 1997. En esta disposición se ofrece al inversor tres opciones para resolver la disputa —entre ellas, acudir a un arbitraje CIADI—, pero condicionada tal posibilidad por los términos “*as may be mutually agreed by the parties*”. Estas palabras dejan bien claro que no hay una “oferta” firme y clara de consentimiento estatal, sino que es preciso un acuerdo específico posterior entre el inversor y el Estado tanzano, por lo tanto, únicamente puede catalogarse tal disposición como una simple invitación *ad futurum* realizada al inversor para entablar

---

*mework of the Convention for Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States to which the Arab Republic of Egypt has adhered by Law No. 90 for 1971, subject to the terms and conditions, and in the instances where such agreements do apply. It may further be agreed to settle the disputes referred to above through arbitration before the Regional Center for International Commercial Arbitration in Cairo*”. Vid. sobre esta nueva Ley, B.P. Marchais, “The New Investment Law of the Arab Republic of Egypt”, *ICSID Review—FILJ*, vol.4, 1989, pp. 305 ss.

<sup>28</sup> Caso CIADI, n° ARB/94/2, Decisión sobre competencia de 24 de diciembre de 1996, *ICSID Rev.—FILJ*, vol. 14, 1999, pp. 161 ss.

<sup>29</sup> Decisión sobre competencia, cit., pp. 186–187.

<sup>30</sup> Caso CIADI, n° ARB/05/22, Laudo de 24 de julio de 2008, disponible en <http://ita.law.uvic.ca/documents/Bewateraward.pdf>.

negociaciones sobre un acuerdo de solución de controversias. El tribunal arbitral así lo declara al señalar que

*“... This analysis faces the immediate – and in the Arbitral Tribunal’s view insurmountable – difficulty that the options for dispute resolution in Section 23.2(a)–(c) are conditioned by the words “as may be mutually agreed by the parties”. In the present context, these words are most naturally read as meaning that a dispute may be referred to any one of the three options, but only depending upon the agreement of the parties. In other words, a subsequent agreement between the parties is required – which is very different from a standing unilateral offer which simply requires acceptance by an investor. Indeed, there is no other language at all in Section 23 to suggest a standing unilateral offer by the Republic”<sup>31</sup>.*

10. Por último, y en relación con esta cuestión, a pesar de que todavía no existe pronunciamiento de ningún tribunal arbitral al respecto, es importante destacar la decisión adoptada por el Tribunal Supremo de Venezuela de 17 de octubre de 2008 en relación con la interpretación que ha de concederse al consentimiento otorgado por el Estado venezolano al recurso al arbitraje internacional en el art. 22 de la Ley de promoción y protección de inversiones de 1999<sup>32</sup>. Esta disposición establece que

*“... las controversias que surjan entre un inversionista internacional, cuyo país de origen tenga vigente con Venezuela un tratado o acuerdo sobre promoción y protección de inversiones, o las controversias respecto de las cuales sean aplicables las disposiciones del Convenio Constitutivo del Organismo Multilateral de Garantía de Inversiones (OMGI–MIGA) o del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados (CIADI), serán sometidas al arbitraje internacional en los términos del respectivo tratado o acuerdo, si así éste lo establece, sin perjuicio de la posibilidad de hacer uso, cuando proceda, de las vías contenciosas contempladas en la legislación venezolana vigente”.*

En la citada sentencia, el Tribunal Supremo venezolano ha negado que dicha expresión de voluntad pueda considerarse una verdadera “oferta” de consentimiento estatal que permitiría entender que una posterior aceptación por parte del inversor extranjero, satisface el requisito de la necesidad de un consentimiento mutuo de las partes para poder iniciarse un procedimiento arbitral válidamente. Por el contrario, se entiende que para que pueda existir consentimiento es

---

<sup>31</sup> Laudo, cit, n° 329.

<sup>32</sup> La sentencia se puede consultar en la dirección electrónica <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Octubre/1541-171008-08-0763.htm>.

preciso un posterior acuerdo específico entre el Estado y el inversor<sup>33</sup>. Si dicha interpretación será o no aceptada por los tribunales arbitrales con posterioridad, es una cuestión abierta de suma importancia, a juzgar por los asuntos que se están iniciando en el CIADI fundamentando la competencia de los tribunales precisamente en dicha “oferta” de consentimiento estatal –*Brandes Investment c. Venezuela* es un buen ejemplo<sup>34</sup>–, siempre eso sí teniendo presente que, cualquier tribunal arbitral no se ve para nada constreñido en orden a fundamentar su propia competencia, por la decisiones que hayan podido adoptar los Órganos judiciales de un Estado.

### III. Consentimiento estatal en los Tratados internacionales

11. Tal y como hemos ya señalado, la peculiaridad con que cuenta la iniciación de un arbitraje internacional basado en un Tratado internacional sobre inversiones –en adelante TPPI– consiste en la manera de otorgar el consentimiento por la parte estatal<sup>35</sup>. Se puede decir que en las cláusulas contenidas en dichos TPPI lo que existe es una “oferta” de consentimiento o, dicho en otras palabras, un consentimiento avanzado por parte del Estado receptor de la inversión<sup>36</sup>.

---

<sup>33</sup> En un sentido contrario a la citada sentencia del Tribunal Supremo venezolano se había manifestado con anterioridad, G. Lemenez de Kerdellau, “State Consent to ICSID Arbitration: Article 22 of the Venezuelan Investment Law”, *TDM*, vol. 4, n° 3, 2007, pp. 6–9.

<sup>34</sup> Caso CIADI n° ARB/08/3. El procedimiento se encuentra en la actualidad suspendido desde el 28 de julio de 2009, tras la renuncia del Presidente del tribunal arbitral. Con anterioridad, se había adoptado una resolución el 2 de febrero de 2009, rechazando el tribunal, la excepción presentada por la parte demandada basada en el art. 45.1° del Reglamento de Arbitraje en relación con la manifiesta falta de fundamento jurídico de la reclamación –demanda frívola–.

<sup>35</sup> En relación a esta forma de prestación de consentimiento, C. Schreuer, “Consent to Arbitration”, *loc. cit.*, p.836, señala que: “*The vast majority of bilateral investment treaties (BITs) contain clauses referring to investment arbitration. Most investment arbitration cases in recent years are based on jurisdiction established through BITs. The basic mechanism is the same as in the case of national legislation: the States parties to the BIT offer consent to arbitration to investors who are nationals of the other contracting party. The arbitration agreement is perfected through the acceptance of that offer by an eligible investor.*”

<sup>36</sup> B. Cremades, “Arbitration in Investment Treaties: Public Offer of Arbitration in Investment Protection Treaties”, *Law of International Business and Dispute Settlement in the 21st Century. Liber Amicorum K–H. Böckstiegel*, Colonia, Carl Heymanns, 2001, pp. 149–164; A. Prujiner, “L’arbitrage unilateral: un coucou dans le nid de l’arbitrage conventionnel?”, *Rev.arb.*, n° 1, 2005, pp. 63–99; S. Rodríguez Jiménez, “Los tratados bilaterales de promoción y protección recíproca de inversiones como vía de acceso al CIADI”, *DeCITA*, n° 3, 2005, pp. 119–149; W. Ben Hamida, *L’arbitrage transnational unilateral*.

12. El primer caso que fue conocido por un tribunal arbitral del CIADI y cuya competencia se basó en una disposición de este tipo fue en el asunto *Asian Agricultural Products Ltd. (AAPL) / República de Sri Lanka*<sup>37</sup>. En concreto, la parte demandante inició el procedimiento basándose en el consentimiento otorgado por Sri Lanka en el art. 8 del TPPI entre Gran Bretaña y Sri Lanka que señala que

“Cada Estado contratante desde aquí consiente en someter al Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones para el arreglo mediante conciliación o arbitraje de acuerdo a la Convención...de las diferencias que surjan entre ese Estado contratante y un nacional o empresa del otro Estado contratante en relación a una inversión de este último en el territorio del primero”.

13. Esta manera de otorgar el consentimiento forma parte del conjunto de garantías que se ofrecen a los inversores en relación con la protección de sus inversiones, esto es, buscan lograr la confianza de los inversores del otro Estado o Estados contratantes. Como tal “oferta” de consentimiento, la misma habrá de ser aceptada por parte de los inversores nacionales del otro Estado o Estados parte del TPPI para que pueda predicarse la existencia de consentimiento mutuo al arbitraje internacional<sup>38</sup>. En este sentido, hay que recordar que, en muchas ocasiones, las disposiciones sobre arreglo de controversias inversor–Estado en los TPPI incluyen como condición previa a la po-

---

*Réflexions sur une procédure réservée à l'initiative d'une personne privée contre une personne publique*, Tesis doctoral, Paris II, 2003, pp. 24–161.

<sup>37</sup> Laudo de 27 de junio de 1990, *ICSID Reports*, vol. 4, 1997, pp. 245 ss.

<sup>38</sup> *Vid.* remarcando esta idea de que el consentimiento otorgado en los TPPI es únicamente el del Estado parte en el mismo, por lo que siempre es preciso para iniciar un procedimiento arbitral que el inversor privado manifieste también su voluntad de someterse al arbitraje, F. Horchani, “Le droit international des investissements à l'heure de la mondialisation”, *Journ. dr. int.*, 2004, pp. 405–408; A. Giardina, “International Investment Arbitration: Recent Developments as to Applicable Law and Unilateral Recourse”, *Law and Practice of International Courts & Tribunals*, vol.5, 2006, p. 36; A. Redfern, M. Hunter, N. Blackaby y C. Partasides, *Teoría y práctica del Arbitraje comercial internacional*, 4ª ed., Aranzadi, 2006, pp. 140–141: “El típico acuerdo de arbitraje es el que se celebra entre las partes en un momento dado, ya sea mediante una cláusula compromisoria o una cláusula posterior, o un compromiso posterior. Sin embargo, los TBI adoptan una postura distinta. El Estado parte hace, por así decirlo, una oferta abierta de someter a arbitraje cualquier controversia que pudiera surgir en el futuro; sin embargo, no es hasta el momento en que de hecho se suscita la controversia y el inversor particular acepta esta oferta de arbitrar, que se constituye un “acuerdo de arbitraje” ... una situación que dista mucho del concepto habitual de arbitraje. Ciertamente, el concepto de la “oferta abierta” de someter las controversias a arbitraje difiere del modelo convencional. A pesar de ello, una vez aceptada la oferta se perfecciona un verdadero acuerdo de arbitraje del cual es parte tanto el Estado (o la entidad estatal) como el inversor privado”.

sibilidad de instar un arbitraje internacional, la necesidad de intentar llegar a un acuerdo amistoso por las partes mediante negociaciones y también, la obligatoriedad de acudir a los recursos internos, ya sea durante un plazo de tiempo o incluso su agotamiento. De tal manera, que la aceptación del inversor del consentimiento estatal “ofertado” en un TPPI, conlleva igualmente el cumplimiento de dichas condiciones y limitaciones<sup>39</sup>.

14. Sin embargo, a pesar de esta caracterización general, la tipología existente de dichas ofertas estatales en los TPPI nos obliga a distinguir de forma detallada dichas manifestaciones de voluntad, pues no en todos los casos en donde se realiza una referencia al arbitraje internacional constituyen una verdadera “oferta” que en caso de ser aceptada por el inversor se transforma en un consentimiento vinculante para ambas partes para acudir a dicho método de resolución de controversias<sup>40</sup>. En concreto, se puede hacer una distinción entre cuatro grandes grupos de TPPI:

i) Aquellos TPPI, que son la mayoría, que contienen “ofertas” de consentimiento al arbitraje internacional de naturaleza clara e inequívocamente obligatoria y vinculante para los Estados parte en este Tratado<sup>41</sup>. En este grupo se incluirían tanto aquellos Tratados con cláusulas con un consentimiento expreso al procedimiento arbitral, como aquellos otros donde los términos utilizados no dejan lugar a dudas de la existencia de un compromiso por parte de los Estados contratantes de acudir a aquel, ya sea de forma exclusiva a favor del CIADI o

---

<sup>39</sup> Sólo la posibilidad de aceptar el juego de la cláusula de la nación más favorecida en el ámbito de los métodos de resolución de controversias podría evitar el cumplimiento de dichas exigencias. Vid. E. Fernández Masía, “Atribución de competencia a través de la cláusula de la nación más favorecida: lecciones extraídas de la reciente práctica arbitral en materia de inversiones extranjeras”, *Arbitraje comercial y arbitraje de inversión. El arbitraje en el Perú y el mundo* (C. Soto Coaguila, dir.), Lima, Instituto Peruano de Arbitraje, 2008, pp. 879–898; W. Ben Hamida, “Clause de la nation la plus favorisée et mécanismes de solution des différends: que dit l’histoire?”, *Journ. dr. int.*, 2007, pp. 1127–1162.

<sup>40</sup> Vid. sobre la variedad de cláusulas, A. Broches, “Bilateral Investment Protection Treaties and Arbitration of Investment Disputes”, *Selected Essays. World Bank, ICSID...*, op. cit., pp. 447 ss; L. Migliorino, *Gli Accordi internazionali sugli investimenti*, Milán, Giuffrè, 1989, pp. 186 ss; W. Ben Hamida, *L’arbitrage transnational unilateral...*, op. cit., pp. 26–62; C. Schreuer, L. Malintoppi, A. Reinisch y A. Sinclair, *The ICSID Convention...*, op. cit., pp. 206–211; C. Dugan, D. Wallace, N. Rubins y B. Sabahi, *Investor–State Arbitration*, op. cit., pp. 236–242.

<sup>41</sup> Vid. A. Broches, “Bilateral Investment Protection...”, loc. cit., pp. 450–451. Sería en palabras de J–P. Lavié un “consentimiento automático”, *Protection et promotion des investissements*, París, PUF, 1985, p. 278.

en compañía de otros medios de solución de diferencias. Este grupo de TPPI sería en el único caso donde la aceptación del inversor nacional del otro Estado contratante por sí sola perfeccionaría el consentimiento a someter las diferencias a un procedimiento arbitral<sup>42</sup>. Dentro de este primer grupo se utilizan expresiones como “la diferencia será sometida al Centro” o “las partes tienen el derecho a iniciar el procedimiento”. En el caso de ser una cláusula que contempla varios medios de solución de diferencias, se suele dar la opción de elegir el método de solución de controversias al inversor. En la práctica española puede citarse el art. 11.2º del Acuerdo para la protección y fomento recíproco de inversiones entre el Reino de España y la República Árabe de Egipto, firmado en Madrid el 3 de noviembre de 1992<sup>43</sup>, que declara que si la controversias no pueden resolverse de forma amistosa,

“serán sometidas, a opción del inversor:

- A un tribunal de arbitraje de acuerdo con el Reglamento del Instituto de Arbitraje de la Cámara de comercio de Estocolmo;
- A la Corte de Arbitraje de la Cámara de comercio internacional de París;
- Al tribunal del arbitraje ad hoc establecido en el Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas sobre Derecho Mercantil Internacional;
- Al Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) creado por el “Convenio sobre el arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados”, en caso de que ambas partes lleguen a ser signatarias de este Convenio;
- Al Centro Regional de Arbitraje Comercial Internacional de El Cairo”.

ii) En un segundo grupo se encuentran aquellos TPPI que contienen cláusulas referidas al procedimiento arbitral, donde se realiza una promesa por parte de los Estados contratantes de que a solicitud del inversor extranjero el Estado receptor ha de otorgar el consentimiento. No constituye en consecuencia una “oferta” de consentimiento que por la mera aceptación del inversor se podría considerar perfeccionado el consentimiento, sino que se requiere una acción posterior del Estado receptor que sería la que en última instancia constituiría ese consentimiento. Si ante la solicitud del inversor, el Estado receptor niega la prestación de su consentimiento, el inversor por sí mismo no puede obligar a ese Estado a que lo haga, pero sí lo podría hacer el otro

---

<sup>42</sup> No sería en consecuencia necesario para acudir al procedimiento arbitral haber incluido necesariamente una cláusula compromisoria en el contrato que une al Estado receptor y al inversor nacional del otro Estado parte en el TPPI, contrariamente a lo que señala M. Sornarajah, *The International Law on Foreign Investment*, Cambridge, Grotius, 1988, p. 268.

<sup>43</sup> BOE, 30-VI-94.

Estado contratante del TPPI, Estado del que es nacional el inversor, ya que el Estado receptor estaría incumpliendo sus obligaciones derivadas del TPPI, y si aún así siguiese manteniendo tal actitud podría acudir a los medios de solución de controversias interestatales previstos en ese texto convencional<sup>44</sup>. Un ejemplo de este tipo lo encontramos en el art. 2 TPPI entre Holanda y Costa de Marfil que señala que

*“La Partie contractante sur le territoire de laquelle un ressortissant de l'autre Partie contractante effectue ou envisage d'effectuer un investissement devra consentir à toute demande de la part de ce ressortissant en vue de soumettre...”*<sup>45</sup>.

iii) En una tercera categoría podemos agrupar todos aquellos TPPI donde la referencia al procedimiento arbitral como método de solución de controversias constituye una mera declaración de que los Estados parte tendrán de forma general una consideración favorable hacia los mismos<sup>46</sup>. Descartada de cualquier forma que estas cláusulas puedan de alguna manera considerarse como un consentimiento “avanzado”, únicamente cabe que ante una solicitud de un inversor extranjero para que el Estado receptor preste su consentimiento, este Estado no actúe de forma arbitraria al considerar tal solicitud<sup>47</sup>. Un ejemplo puede encontrarse en el art. 11 del TPPI entre Holanda y Kenia que declara que

*“The contracting party in the territory of which a national of the other contracting party makes or intends to make an investment, shall give sympathetic consideration to a request on the part of such national to submit, for conciliation or arbitration, to*

---

<sup>44</sup> A.R. Parra, “Provisions on the Settlement...”, *loc. cit.*, p. 323; R. Dolzer y M. Stevens, *Bilateral Investment Treaties*, Dordrecht, Kluwer, 1995, p. 134; J.-P. Lavieć, *Protection et promotion...*, *op. cit.*, p. 279; L. Migliorino, *Gli Accordi Internazionali...*, *op. cit.*, pp. 206–207. Tal y como señalan C. Dugan, D. Wallace, N. Rubins y B. Sabahi, *Investor–State Arbitration*, *op. cit.*, p. 237: “*In practice, without significant pressure from the investor’s home state, the host state to an investment dispute normally has little incentive to voluntarily submit to arbitration after the dispute has arisen*”. En este sentido, y como un supuesto excepcional donde esto ocurrió puede verse el caso CIADI *Compañía del Desarrollo de Santa Elena / Costa Rica*, n° ARB/96/1, donde los EE UU presionaron para que, mediante el logro de retrasar el desembolso de un préstamo concedido por el Banco Interamericano de Desarrollo a Costa Rica, este último país al final consintiese acudir al arbitraje internacional para solventar su diferencia.

<sup>45</sup> Citado por J.–P. Lavieć, *Protection et promotion...*, *op. cit.*, p. 278.

<sup>46</sup> G. Delaume, “Le Centre International pour...”, *loc. cit.*, p. 785. Las cláusulas de estos Acuerdos son criticados por J.–P. Lavieć ya que, en última instancia, la posibilidad de que exista un convenio arbitral dependerá del poder de negociación de un inversor extranjero en relación con el Estado receptor de la inversión, *Protection et promotion...*, *op. cit.*, p. 279.

<sup>47</sup> L. Migliorino, *Gli Accordi Internazionali...*, *op. cit.*, p. 208.

*the Centre established by the Convention of Washington of 18 March 1965, any dispute that may arise in connection with the investment*<sup>48</sup>.

iv) Por último, en un cuarto grupo ha de englobarse todos aquellos TPPI que contienen cláusulas en referencia al arbitraje internacional y donde se expresa claramente que es necesario un acuerdo específico posterior entre el Estado receptor y el inversor nacional del otro Estado contratante de sometimiento al procedimiento arbitral. Un ejemplo claro es el art. 9.1º TPPI entre Suecia y Malasia de 1979 que declara que

“... en el caso de que una diferencia surja entre un nacional o una compañía de una parte contratante y la otra parte contratante en relación con una inversión en el territorio de esta otra parte contratante, será por acuerdo de ambas partes que la diferencia se someterá al arbitraje del Centro Internacional de Arreglo de diferencias relativas a inversiones establecido por el Convenio de Washington sobre arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados, de 18 de marzo de 1965”<sup>49</sup>.

15. En consecuencia, únicamente cuando estemos en presencia de una cláusula de un TPPI del primer grupo, se puede decir que existe una verdadera “oferta” de consentimiento del Estado receptor al arbitraje internacional. Pero, tal y como hemos señalado con anterioridad, ésta por sí sola no pueden constituir el fundamento para la competencia de un tribunal arbitral internacional, sino que es necesario en todo caso, la aceptación por parte del inversor<sup>50</sup>. En este sentido, en algunos TPPI se señala, que tras la aceptación del inversor de la “oferta” estatal, cualquiera de las partes podrá iniciar un procedimiento arbitral internacional. Son los casos de los TPPI bilaterales celebrados por Gran Bretaña y Suiza. Así, por ejemplo, el art. 8.3º del Acuerdo Modelo de Gran Bretaña que lleva por título “Referencia al Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones” señala que

“Si cualquier diferencia surgiese y un acuerdo no pudiera ser alcanzado en los tres meses siguientes entre las partes de la diferencia a través del recurso a los tribunales internos o de cualquier otra manera, entonces, si el nacional o la sociedad afectada también consiente por escrito en someterse a la conciliación o al arbitraje de acuerdo a la Convención, cualquiera de las partes puede iniciar el procedimiento al dirigir una solicitud al efecto al Secretario General del Centro tal y como se establece en los arts. 28 y 36 de la Convención”<sup>51</sup>.

---

<sup>48</sup> Citado por R. Dolzer y M. Stevens, *Bilateral Investment Treaties...*, *op. cit.*, p. 133.

<sup>49</sup> *Ibid.*, p. 132.

<sup>50</sup> C. Schreuer, “Consent to Arbitration”, *loc. cit.*, p. 836: “A provision on consent to arbitration in a BIT is merely an offer by the respective States that requires acceptance by the other party. That offer may be accepted by a national of the other State party to the BIT”.

<sup>51</sup> Recogido por R. Dolzer y M. Stevens, *Bilateral Investment Treaties...*, *op. cit.*, p. 234.

16. La aceptación por parte del inversor, en la práctica, se plantea de forma enormemente flexible, aunque en todo caso ha de realizarse con anterioridad a la iniciación del procedimiento arbitral<sup>52</sup>. Un ejemplo lo encontramos en el asunto *American Manufacturing & Trading Inc. / República de Zaire*<sup>53</sup>, en donde el tribunal arbitral señaló que la solicitud de iniciación del procedimiento ante el CIADI por parte de la empresa ha de considerarse como la aceptación de la previa “oferta” realizada por Zaire en el Tratado bilateral de 1984 entre este país y EE UU, con lo que existía un verdadero consentimiento de ambas partes al procedimiento arbitral del Centro<sup>54</sup>. Igualmente, en este mismo sentido, se manifiesta el tribunal arbitral en el caso *Generation Ukraine / Ucrania*, al declarar que:

“Neither of these arguments have any merit. First, it is firmly established that an investor can accept a State’s offer of ICSID arbitration contained in a bilateral investment treaty by instituting ICSID proceedings. There is nothing in the BIT to suggest that the investor must communicate its consent in a different form directly to the State; to the contrary, the express language of Article VI(3)(a) dictates otherwise: ‘...the national or company concerned may choose to consent in writing to the submission of the dispute for settlement by binding arbitration: (i) to the International Centre for the Settlement of Investment Disputes...’. It follows that the Claimant validly consented to ICSID arbitration by filing its Notice of Arbitration at the ICSID Centre”<sup>55</sup>.

Esta necesaria declaración de voluntad para la perfección del consentimiento, sin embargo, parece ser olvidada por algunos TPPI bilaterales que declaran la posibilidad de que cualquiera de las partes en la diferencia pueda acudir directamente al arbitraje con la única base de la oferta estatal realizada en el propio Tratado, posibilidad que sólo

---

<sup>52</sup> Tal y como ya hemos señalado en relación con la aceptación de la “oferta” realizada en una Ley estatal de protección de inversiones, otras posibles formas de aceptar dicha “oferta” en un Tratado, junto con la solicitud de iniciación del procedimiento arbitral, podrían ser a través de una notificación al gobierno del Estado receptor de la inversión o mediante una solicitud de autorización de una inversión. En este sentido, puede citarse el caso CIADI *El Paso / Argentina*, n° ARB/03/15, Decisión sobre competencia, de 27 de abril de 2006, n° 36, donde se hace referencia a la carta enviada por la parte demandante al Estado argentino donde se declara la aceptación del consentimiento ofertado por el Estado argentino en el Tratado bilateral entre Argentina y EE UU, informando de la posibilidad de iniciar un procedimiento arbitral para el caso de que las partes no pudieran resolver amigablemente su diferencia mediante negociaciones.

<sup>53</sup> *ILM*, vol. 36, 1997, pp. 1531 ss.

<sup>54</sup> *Vid.* Sobre este asunto, C. Chatterjee, “The Arbitration between American Manufacturing & Trading Inc. and The Republic of Zaire. When Challenges to the Jurisdiction of an ICSID Tribunal are no Valid”, *J. Int’l Arb.*, vol. 16, n° 1, 1999, p. 42.

<sup>55</sup> Laudo de 16 de septiembre de 2003, disponible en <http://ita.law.uvic.ca>, n° 12.2 y 12.3.

cabe a la parte inversora pues mediante su solicitud de iniciación de un procedimiento arbitral manifestaría su aceptación, pero nunca a la parte estatal en la diferencia<sup>56</sup>. Así por ejemplo en el art. 8 del TPPI entre Francia y Nigeria de 1990 que declara que

“Toda diferencia relativa a las inversiones entre cualquiera de las dos partes contratantes y un inversor de la otra, será en la medida de lo posible, amigablemente dirimida entre las dos partes en la controversia. Si tal diferencia no pudiera ser dirimida en el plazo de seis meses a partir del momento en que haya sido promovida la diferencia por cualquiera de las partes, se someterá a petición de cualquiera de ellas al arbitraje del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, creado por la Convención sobre arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados, hecha en Washington el 18 de marzo de 1965”<sup>57</sup>.

En igual error incurre el art. 11.2º del Acuerdo para la promoción y protección recíproca de inversiones entre el Reino de España y la República de Nicaragua, hecho en Managua el 16 de marzo de 1994<sup>58</sup>, al señalar que si la controversia no puede ser resuelta mediante un acuerdo amistoso en el plazo de seis meses,

“... será sometida a elección de cualquiera de las partes en controversia:...Al Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) creado por el “Convenio sobre el arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados...”.

17. Una última cuestión merece nuestra atención en relación con las “ofertas” de consentimiento estatal contempladas en los TPPI. La misma se refiere a los efectos que produce sobre aquellas la reciente denuncia de algunos Estados parte de la Convención CIADI, en concreto de Bolivia y Ecuador<sup>59</sup>. Con la misma estos países dejan de ser Estados contratantes del texto convencional. Sin embargo, hemos de señalar que tal denuncia no afecta al consentimiento otorgado con anterioridad por estos Estados y por ello, las posibilidades de acudir a este arbitraje internacional siguen abiertas respecto de los derechos y

---

<sup>56</sup> Vid. P. Bernardini, “Investment Arbitration under the ICSID Convention and BITs”, en *Global Reflections on International Law, Commerce and Dispute Resolution. Liber Amicorum in honour of R. Briner*, París, ICC, 2005, p. 98.

<sup>57</sup> Este precepto se recoge por R. Dolzer y M. Stevens, *Bilateral Investment Treaties, op. cit.*, p. 134.

<sup>58</sup> BOE, 25-IV-95.

<sup>59</sup> Bolivia denunció la Convención CIADI el 2 de mayo de 2007, desplegando sus efectos a partir del 3 de noviembre de 2007. Por su parte, Ecuador realizó la notificación de denuncia el 6 de julio de 2009, dejando de ser parte a partir del 7 de enero de 2010.

obligaciones relativas a una inversión realizada antes de la fecha en que se recibe aquella<sup>60</sup>.

Más en concreto, la condición de Estado contratante no perfecciona el consentimiento necesario para acudir a un arbitraje CIADI. Es preciso siempre que las dos partes, inversor y Estado, hayan otorgado su consentimiento a dicho arbitraje. Por lo tanto, las “ofertas” de consentimiento otorgadas por los países en los TPPI que les vinculan siguen estando vivas y podrían ser aceptadas por los inversores hasta la fecha en que se reciba una denuncia de la Convención CIADI. Sin embargo, mayores dudas se plantean para el supuesto de que la aceptación por parte del inversor fuese realizada con posterioridad a la fecha en que se reciba la denuncia del texto convencional. En este caso, para E. Gaillard, el tenor literal del art. 72 del Convenio, permitiría que, dado que se hace referencia únicamente al consentimiento estatal y no al consentimiento de ambas partes, las “ofertas” estatales otorgadas por los Estados en sus TPPI podrían ser aprovechadas por parte de los inversores extranjeros para iniciar un arbitraje CIADI<sup>61</sup>. Sin embargo, en mi opinión, dado que la “oferta” de consentimiento otorgado por los Estados en sus TPPI para poder iniciar un arbitraje CIADI se extingue en sus efectos una vez que la denuncia de la Convención ha llegado a ser recibida –por así decirlo, existe una retirada del consentimiento avanzado con anterioridad–, la solución contraria debería ser la preferible, y por tanto, no cabrían nuevos procedimientos arbitrales<sup>62</sup>. Esta última solución, sin embargo, no debería hacernos llegar

---

<sup>60</sup> Téngase en cuenta el art. 72 Convención CIADI que señala que “las notificaciones de un Estado Contratante hechas al amparo de los arts. 70 y 71 no afectarán a los derechos y obligaciones, conforme a este Convenio, de dicho Estado, sus subdivisiones políticas u organismos públicos, o de los nacionales de dicho Estado nacidos del consentimiento a la jurisdicción del Centro dado por alguno de ellos con anterioridad al recibo de dicha notificación por el depositario”.

<sup>61</sup> E. Gaillard, “The Denunciation of the ICSID Convention”, *New York L.J.*, n° 122, 26 de junio de 2007.

<sup>62</sup> En este sentido, C. Schreuer, “The Future of Investment Arbitration”, en prensa, p. 11: “*It follows that once an offer of consent made by the host State by way of legislation or treaty has been accepted by the investor, the Convention’s denunciation will not affect the jurisdiction. If the investor has not perfected consent by the time of the notice for the Convention’s denunciation, it will not enjoy the benefits of the Convention. Therefore, a prudent investor will not wait until it is ready to file a request for arbitration before it accepts an offer of arbitration contained in legislation or treaty. If it does so it runs the risk of losing the benefit of the ICSID Convention after its denunciation by the host State*”, disponible en [http://www.univie.ac.at/intlaw/pdf/98\\_futureinvestmentarbitr.pdf](http://www.univie.ac.at/intlaw/pdf/98_futureinvestmentarbitr.pdf). Esta misma idea en C. Schreuer, L. Malintoppi, A. Reinisch y A. Sinclair, *The ICSID Commentary...*, *op. cit.*, pp. 1280–1281, donde se declara que “*Consent to jurisdiction is perfected only after its acceptance by both parties. A unilateral offer of consent by the*

a la conclusión de que la vía del arbitraje internacional ha quedado cerrada a los inversores extranjeros. En efecto, de forma general, en los TPPI celebrados por estos Estados, el CIADI es sólo una alternativa, otorgándose, entre otras posibilidades, la opción de poder acudir a un procedimiento arbitral internacional regulado de acuerdo con el Reglamento de Arbitraje de la Uncitral.

Como conclusión en relación a esta cuestión, por lo tanto, la retirada del CIADI por parte de Bolivia y Ecuador no significa un rechazo rotundo al arbitraje internacional como método de solución de controversias, sino más bien, una manera de mostrar una profunda rebeldía frente a una institución que no olvidemos depende del Banco Mundial. En este sentido, estos países forman conjuntamente con otros diez Estados latinoamericanos –Argentina, Brasil, Chile, Colombia, Guyana, Paraguay, Perú, Uruguay, Surinam y Venezuela– la Unión de Naciones Suramericanas–UNASUR– adoptada en Brasilia en mayo de 2008. En dicha organización se ha llegado al acuerdo para crear un nuevo organismo que resuelva los litigios con empresas extranjeras que operan en sus territorios. Con ello se pretende dejar de lado la posibilidad de acudir al CIADI y que este nuevo organismo sea el que resuelva en exclusiva los conflictos en esta materia<sup>63</sup>. Conjun-

---

*host State through legislation or a treaty after receipt of the notice of exclusion or denunciation under art.70 o 71 would not succeed. In order to be preserved by art. 72, consent would have to be perfected prior to the receipt of the notice of exclusion or denunciation. In order to benefit from the continued validity under art. 72, consent must have been given before the denunciation of the Convention or exclusion of a territory. Under the explicit wording of art.72, the relevant date is the date of the receipt of the notice by the depositary. Therefore the provision in art.71 that the denunciation of the Convention by a State party takes effects only six months after notice has been given does not afford an opportunity to perfect consent during this period*. Aunque mi opinión no ha cambiado en términos generales sobre esta cuestión, sin embargo, he de advertir que una lectura más correcta de los disposiciones de la Convención CIADI me ha obligado a modificar la interpretación que había expuesto con anterioridad en el trabajo “El incierto futuro del arbitraje de inversiones en Latinoamérica”, *loc. cit.*, pp. 753–754, en relación con la fecha a partir de la que una aceptación por parte del inversor no crearía derechos y obligaciones bajo el texto convencional.

<sup>63</sup> Por ahora se viene realizando distintas reuniones de un grupo de trabajo denominado “Mecanismo para la solución de controversias en materia de inversiones en el marco de UNASUR”, en donde se discute, como un primer paso, la adopción de un marco jurídico para el establecimiento de un Centro de Asesoría Legal de UNASUR en materia de inversiones y la solución de diferencias. Este Centro de Asesoramiento, que cuenta ya con un precedente en el ámbito de la Organización Mundial del Comercio, buscaría dar satisfacción a una de las mayores reivindicaciones de los países sudamericanos cuando estos se ven envueltos en un arbitraje internacional en este ámbito: la falta de preparación de muchos de sus funcionarios en estos temas supone el tener que buscar asesoramiento jurídico para la defensa de sus posiciones mediante la contratación de los servicios de

tamente con esta iniciativa, los países miembros de la Alternativa Bolivariana para los pueblos de nuestra América –ALBA–, que son a noviembre de 2009, Antigua y Barbuda, Cuba, Nicaragua, Bolivia, Venezuela, Dominica, Ecuador, Guatemala, Honduras y San Vicente y las Granadinas, muy recientemente en su VII Cumbre celebrada en Cochabamba los días 16 y 17 de octubre, reiteraron la idea de crear un Centro de arbitraje en la declaración final de dicha reunión<sup>64</sup>.

#### IV. Valoración final

18. La existencia y las condiciones necesarias para un verdadero sometimiento de las partes al arbitraje ha constituido siempre una cuestión controvertida. Esta cuestión adquiere unos contornos especiales en el sector del arbitraje en inversiones. Ello se debe a las especiales características de prestación del consentimiento estatal a este método de resolución de controversias. Las “ofertas” de consentimiento estatal incluidas en las legislaciones nacionales sobre inversiones y en los tratados internacionales y el control que los inversores mantienen sobre la puesta en marcha del mecanismo arbitral, han supuesto una profunda transformación de las disputas sobre inversiones extranjeras, aumentando exponencialmente los litigios y con ello las decisiones arbitrales que ponen fin a la diferencia. Tal aumento ha conducido a una cierta sorpresa conjugada con una seria preocupación por parte de los Estados sobre si sus compromisos habían ido demasiado lejos y no es hora de poner límites, reservándose una mayor espacio para desarrollar con más libertad políticas de tutela y promoción de intereses públicos. La correcta interpretación de las cláusulas de solución de controversias por parte de los tribunales arbitrales, y en especial, sus decisiones sobre la existencia de un claro e inequívoco consentimiento estatal al arbitraje, no han de convertirse en un ingrediente más que avive el sentimiento expuesto. Por el contrario, parece el momento en el que, sin dejar de lado el arbitraje, pudiera abrirse la vía para incorporar otros métodos alternativos de solución de diferencias al ámbito de las disputas en inversiones extranjeras.

---

firmas internacionales de abogados, lo que ha provocado que los costes derivados de los arbitrajes sean casi prohibitivos para las arcas de muchos de estos países.

<sup>64</sup> *Vid.* F. Cabrera Diaz, “Alba Moves forward with Plan to Create Regional Investment Arbitration Alternative to ICSID at 7th Summit”, disponible en <http://www.investment-treatynews.org/cms/news/archive/2009/11/01/alba-moves-forward-with-plan-to-create-regional-investment-arbitration-alternative-to-icsid-at-7th-summit.aspx>.

**RESUMEN:** Como en cualquier tipo de arbitraje, el arbitraje de inversiones se fundamenta en el acuerdo de las partes. El consentimiento al arbitraje tanto por parte del Estado receptor de la inversión como por parte del inversor es un requisito indispensable para la competencia del tribunal arbitral. De forma tradicional el consentimiento se otorgaba a través de un acuerdo directo entre el inversor y el Estado receptor de la inversión. Pero en los últimos años, el consentimiento resulta de una oferta unilateral realizada por el Estado receptor de la inversión, que se contempla en su legislación o en un Tratado internacional, que posteriormente es aceptada por el inversor. Este trabajo analiza cuando este tipo de disposiciones constituyen una oferta inequívoca de arbitraje y cuando, por el contrario, constituyen promesas futuras e incluso una simple consideración general favorable hacia este método de solución de controversias. Una interpretación correcta de estas cláusulas tiene una decisiva importancia si observamos que algunos países, especialmente de Latinoamérica, están empezando a diseñar estrategias para limitar su exposición al arbitraje, comenzando por la denuncia de la Convención CIADI.

**PALABRAS CLAVE:** ARBITRAJE – INVERSIONES - CONSENTIMIENTO ESTATAL - DENUNCIA CONVENCION CIADI.

**ABSTRACT:** Like any form of arbitration, investment arbitration is always based on an agreement. Consent to arbitration by the host State and by the investor is an indispensable requirement for a tribunal's jurisdiction. Traditionally this would take place by a direct agreement between the host State and the investor. But in the last years, consent result from a unilateral offer by the host State, expressed in its legislation or in a treaty, which is subsequently accepted by the investor. This article analyzes when these provisions constitute an unequivocal offer to arbitrate and when contain simple promises of future consent or hold out a general prospect of sympathetic consideration. A correct interpretation of these clauses has today great importance, if we observe that some countries, especially in Latin America, have started to design strategies to limit their exposure to investment arbitration, beginning by the denunciation of the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States (The ICSID Convention).

**KEY WORDS:** ARBITRATION INVESTMENTS- CONSENT BY THE HOST STATE - DENUNCIATION ICSID CONVENTION.